

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les familles dansent. Quelques réflexions finales sur la parentalité et la filiation

Fierens, Jacques

Published in:

Les nouvelles formes de parentalité

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2017, Les familles dansent. Quelques réflexions finales sur la parentalité et la filiation. Dans PD Jaffé, Z Moody, R Schnyder & J Zermatten (eds), Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?. Université de Genève, Genève, p. 149-163.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les familles dansent. Quelques réflexions finales sur la parentalité et la filiation.

Jacques FIERENS

Professeur aux Universités de Namur et de Liège, Belgique

Juriste et philosophe

«Danser dans les chaînes», se rendre la tâche difficile, puis répandre par-dessus l'illusion de la légèreté, tel est le talent qu'ils veulent nous montrer.

F. Nietzsche, *Humain, trop humain*, II, «Le voyageur et son ombre», § 140.

La danse des familles

Avez-vous remarqué que la manière dont les adultes dansent, selon le temps et le lieu, dit quelque chose d'eux-mêmes, des couples, des familles, de leur rapport à la société? Pendant des siècles et des décennies, les couples, composés nécessairement d'une femme et d'un homme, ont dû s'habiller selon un code prédéterminé et, par la danse traditionnelle ou la danse de salon, se conformer à une succession de gestes et de pas destinés à produire des figures d'ensemble réputées harmonieuses. Dans les années soixante et septante, en même temps que le statut de la femme et de l'homme changeait profondément dans les pays dits «occidentaux», notamment à cause de ce qu'on appelle la «maîtrise de la fécondité» qui a constitué un élément déterminant d'émancipation, les couples inventaient leur danse dans des rock'n'roll souvent effrénés, sans guère se soucier de bousculer les voisins. Il fallait cependant encore être deux pour danser et nul n'aurait songé à s'afficher, en dehors des endroits spécialisés, avec quelqu'un du même sexe. Puis vint le temps de la danse que nos étudiants pratiquent aujourd'hui: dans une musique souvent obsessionnellement rythmée, rapide et scandée comme la vie quotidienne, ils dansent seuls, fondus dans la masse en mouvement, bras levés comme des personnes tombées à la mer, parfois, mais pas longtemps, face à un ou une autre, femme ou homme, peu importe.

Les familles dansent, elles aussi, au rythme de leur époque, selon la mode du moment qui les uniformise à leur insu malgré leurs différences. Quelles formes de parentalité produit la danse des familles aujourd'hui? Surtout, quelle place laissera-t-elle à l'enfant qui un jour, on l'espère, s'amusera, lui aussi, à danser comme un noyé?

Des familles nouvelles

Je viens d'un pays où la cohabitation de fait est courante et socialement bien acceptée depuis une cinquantaine d'années, qui prétend avoir institué le «droit au

divorce» en 2007 parce qu'il serait normal, selon la ministre porteuse, à l'époque, du changement législatif, qu'un adulte connaisse plusieurs vies matrimoniales¹. C'est un encouragement explicite à la polygamie «successive», selon l'expression adéquate d'un de mes amis africains qui est, lui, polygame «simultané». La cohabitation légale a été instaurée en 1998² pour anticiper l'admission du mariage des personnes de même sexe, autorisé depuis 2003³, sans que cela ait déclenché beaucoup d'émoi, mais aussi, peut-être, sans qu'on ait aperçu à quel point cette modification législative changeait radicalement la nature du mariage. Ledit mariage est une forteresse assiégée, prétend-on: ceux qui sont dedans veulent sortir et ceux qui sont dehors veulent rentrer.

En Belgique, presque la moitié des enfants naissent d'une mère non mariée⁴. L'adoption par des personnes de même sexe est autorisée depuis 2006⁵. La procréation médicalement assistée a consacré depuis 2007 la parenté d'intention contre la parenté biologique, celle des «auteurs du projet parental» contre celle des donneurs de gamètes⁶. Une troisième forme de filiation existe depuis la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente⁷, c'est-à-dire celle à l'égard de l'épouse ou de la compagne de la mère. L'interdiction d'établir la double filiation d'un enfant incestueux a été tempérée par la Cour constitutionnelle au nom de l'intérêt de l'enfant⁸. Les débats menés autour de la «parenté sociale» laissent entrevoir le jour où le nombre de parents d'un enfant ne sera plus légalement limité à deux, ce qui est déjà le cas dans l'adoption simple.

Et s'il faut toujours neuf mois pour faire un bébé, on n'aime plus trop attendre que les enfants deviennent des adultes, alors le droit belge leur a donné le pouvoir, dès douze ans⁹, d'accepter ou de refuser d'être reconnus, ce qui revient en pratique, s'ils sont nés hors mariage (une chance sur deux, donc), d'accepter ou de refuser leur père. A se demander si le législateur belge a déjà vu un enfant de douze ans ou s'il sait que Freud a existé et relevé quelques éléments qui restent intéressants, au sujet du triangle œdipien, même si l'explorateur de l'inconscient est de plus en plus contesté.

¹ Loi du 12 avril 2007 réformant le divorce.

² Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale.

³ Loi du 13 février 2013 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.

⁴ Pour les statistiques relatives à la composition des familles en Belgique, voy. le site du Service public fédéral Economie, <http://economie.fgov.be/fr/statistiques/chiffres/population/>.

⁵ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe.

⁶ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

⁷ Le nom de la loi est évidemment curieux. La loi n'établit pas la filiation de la coparente, mais celle de l'enfant à l'égard de celle-ci.

⁸ Fierens, J. (2015). Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée? Dans coll., *Cour constitutionnelle et droit familial* (p. 131-158). Louvain-la-Neuve, Belgique: Anthémis.

⁹ Art. 329bis du Code civil. Le principe a été instauré par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, qui retenait l'âge de quinze ans. Celui-ci a été ramené à douze ans par la loi 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci.

L'autorité parentale conjointe est la règle depuis 1995¹⁰, soit depuis 21 ans. La garde égalitaire, que nous appelons l'hébergement égalitaire, a la faveur du législateur depuis 2006 à travers un libellé qui témoigne cependant de ses hésitations. L'article 374 du Code civil porte qu'«à défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents. Toutefois, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non-égalitaire.¹¹»

Quelques traits communs aux familles d'aujourd'hui

Une opinion courante est dès lors qu'on ne saurait encore évoquer aujourd'hui le droit de «la famille», mais qu'il convient d'envisager le droit «des familles». Ce ne saurait être faux. On peut cependant relever des caractéristiques communes à ces familles «nouvelles», et chercher ensuite quelle part elles réservent à l'enfant. La Suisse semble parfois un peu en décalage avec la Belgique, certaines réformes législatives aussi audacieuses que celles qui sont intervenues dans le Plat pays étant encore attendues par certains, mais ces caractéristiques communes la concernent aussi.

Premier trait: la puissance de la volonté individuelle, celle des adultes, détermine la constitution des familles. Cette volonté n'est pas sans rapport avec la volonté de puissance affirmée par Nietzsche comme constitutive de l'humain¹². Or, le «philosophe au marteau» est celui qui a pensé l'individualisme à son extrême. La volonté de l'individu est celle qui préside aux choix de sa vie, y compris au choix de ses valeurs. L'individu se pose lui-même dans l'être et décide de son destin. La frontière entre le bien et le mal, entre le bon et le mauvais, ne se situe pas à l'extérieur de lui, mais dans ce qu'il appelle sa liberté. Le devenir n'a pas de loi. Que tout ce qui arrive soit parce que je le veux ! La relation humaine, donc la relation familiale est l'exercice d'une puissance.

Deuxième trait: si vivre ensemble, au sein de la société politique ou en couple, n'a finalement rien de spontané, mais résulte d'un pur acte de volonté, c'est le contrat qui est censé rendre compte de toutes les relations. L'être humain est considéré comme étant un individu isolé dans un hypothétique état de nature, le lien social ne pouvant exister que par la convention. L'accord de deux ou plusieurs volontés individuelles explique aussi bien le vivre-ensemble au sein d'un peuple (pensez aux

¹⁰ Loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

¹¹ Art. 374, § 2, al. 1er et 2, du Code civil. Les travaux préparatoires montrent que les opinions très divergentes des uns et des autres, y compris des « experts », au sujet de l'opportunité d'ériger l'hébergement égalitaire en principe, a fait l'objet d'un compromis auquel la Belgique est habituée.

¹² « Où j'ai trouvé de la vie, j'ai trouvé la volonté de dominer, et jusque dans la volonté du serviteur, j'ai trouvé la volonté d'être le maître. (...) Et sacrifices, et services rendus, et regards amoureux, se sont encore des manifestations du vouloir de puissance. » » (Nietzsche, F. (1969). *Ainsi parlait Zarathoustra, De la maîtrise de soi*, vol. 1 (p. 249 et 251). Paris, France: Aubier-Flammarion.

contractualistes des XVIe-XVIIIe siècles: Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau) que les relations familiales.

Le contrat est même ce qui permet d'échapper à la «nature». La longue querelle, à propos du mariage, entre «contractualistes» (le mariage est un pur contrat) et «institutionnalistes» (le mariage est l'adhésion à une institution naturelle), qui remonte au moins à Augustin d'Hippone, est totalement mise en veilleuse aujourd'hui, parce que chacun voit qui a gagné: l'union matrimoniale n'est plus vue que comme un contrat, comme le divorce d'ailleurs, au point qu'il paraîtrait ringard d'en encore le contester. Les contrats fondateurs des familles sont plus que jamais coupés de cette énigmatique «nature» qu'il est au demeurant très périlleux d'évoquer en matière familiale, qui est reléguée dans le seul domaine de l'écologie et de l'environnement, où elle s'impose avec d'autant plus de force qu'elle a quitté les autres représentations de l'humain et du monde dans lequel celui-ci vit.

C'est cette idéologie du contrat qui explique encore l'encouragement massif, par le droit, des procédures amiables, des conciliations, des médiations et autres modes alternatifs de règlement des conflits, qui ont des avantages mais peuvent aussi signifier l'abdication des juges en faveur des psys. Ce qui est en cause, plutôt que l'émergence d'une bienveillance pacifiste, est la représentation même du couple, de son union et de sa désunion. Puisqu'il ne s'agit plus de dire qui a violé la loi mais comment se dégager par un accord futur d'un accord précédent devenu encombrant, les juristes et les juges estiment qu'ils ne sont plus à la hauteur. Mieux vaut s'adresser aux spécialistes de la communication.

Troisième trait: le but du contrat est «l'épanouissement personnel», le sien avant tout, ce qui est une autre conséquence évidente de l'individualisme. Le pacte vise le plus souvent l'utilité, l'intérêt et les avantages que chacun des partenaires peut y trouver. C'est à condition de recevoir que l'on accepte de donner. La famille est pensée à partir de l'adulte, homme adulte, femme adulte, sans que soit interrogé ce qui pourrait faire le lien familial au-delà de la volonté de ces adultes, notamment avec les enfants. Chacun se regarde le nombril transformé en thermomètre à épanouissement¹³.

Quatrième trait: tout ce qui ne change pas est suspect. Tout doit aller vite. Les familles vivent un nouveau rapport au temps. Le droit, qui n'est qu'un écho du monde qui le produit, doit par conséquent changer constamment aussi, pour être crédible, ce qu'il fait à travers ce que j'appelle des lois «micro-ondes», dégelées à toute vitesse, comme si elles pouvaient rivaliser avec les lois mijotées à petit feu comme des carbonnades flamandes. Ce temps qui s'accélère sans cesse, comme le temps qui

¹³ Je note au passage que, comme précisément l'enfant risquait d'être, dans ce contexte, oublié, le législateur belge a réussi l'exploit de faire de «l'épanouissement» un droit de l'enfant dont les parents sont les débiteurs: «Les père et mère sont tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés, l'hébergement, l'entretien, la santé, la surveillance, l'éducation, la formation et l'épanouissement de leurs enfants.» (Art. 203 du Code civil, tel que modifié par la loi du 19 mars 2010 visant à promouvoir une objectivation du calcul des contributions alimentaires des père et mère au profit de leurs enfants.)

passé de plus en plus vite au fur et à mesure de la vieillesse, n'est pas celui de l'enfance.

Cinquième trait: l'idée d'égalité implique l'indifférenciation. La conception de l'égalité qui prévaut au sein de la société en général comme au sein du couple est celle de l'identité pensée comme absence de différence. La querelle est vieille comme la philosophie et capitale pour le droit: si celui-ci a quelque chose à voir avec la justice (ce dont, de tout temps, certains ont pourtant douté¹⁴), la justice est une sorte d'égalité, mais l'égalité signifie-t-elle l'identité, l'indifférenciation?

C'est pourtant d'une identité qu'il s'agit aujourd'hui dans les conditions du mariage (l'âge légal est devenu le même), entre les couples hétérosexuels, homosexuels, transgenres (honni soit qui discriminerait les uns ou les autres), dans la gestion des avoirs du ménage (aucune prépondérance du mari comme avant), en matière d'autorité parentale (maman a exactement les mêmes droits que papa et inversement), dans les causes du divorce quand il en existe juridiquement encore.

Certain féminisme et les droits de la famille ne distinguent plus clairement quels droits doivent être les mêmes parce qu'ils se rattachent à ce qui est le même chez les femmes, les hommes et les enfants, avant tout certains droits fondamentaux qui touchent à leur humanité commune, et ce qui doit être différent parce que les femmes, les hommes et les enfants ne sont pas les mêmes sous tous les aspects, malgré la mode envahissante de la métrosexualité juridique. Je trouve qu'il est juste que le congé de maternité soit plus long que le congé de paternité. Je trouve qu'il est hypocrite de rendre identiques formellement, au nom de la justice, les règles de la reconnaissance d'un enfant par une femme et par un homme¹⁵, parce qu'il est rarissime en fait qu'une femme reconnaisse son enfant, mais qu'il est très fréquent qu'un homme établisse ainsi sa paternité. Je trouve qu'il est juste que femme et homme aient le même droit de voter. Je trouve qu'il est juste qu'un enfant ne vote pas.

Le droit de la famille confond égalité et identité. Une des conséquences est qu'il en devient asexué. La différence et la complémentarité entre le masculin et le féminin comme compréhension de soi, de l'autre, du monde, que toutes les grandes cultures inscrivent au plus profond d'elles-mêmes, est occultée par le droit, et cela c'est une véritable nouveauté. On exige actuellement des filles qu'elles donnent ce qu'elles donnaient traditionnellement (leur courage, leur sensibilité, leur beauté, le soin aux enfants) et en plus ce que l'on attendait des garçons (la protection, l'autorité, la profession, les revenus). Les garçons, les hommes se morfondent parce que, eux, ne savent plus qui ils sont.

¹⁴ Selon Platon, Thrasymaque de Chalcédoine soutenait: « Voici ce que, moi, je déclare être la justice: rien d'autre que ce qui profite au plus fort. » (Platon (1950). *La République*. Dans Platon, *Œuvres, tome 1* (338c-339a). Paris, France: Gallimard, Bibl. de la Pléiade. On n'en finit pas de discuter la pertinence de cette thèse.

¹⁵ C'est ce qu'a fait l'article 329*bis* du Code civil belge, au nom de l'égalité entre hommes et femmes.

Il faut repenser le féminin et le masculin. La critique de Platon n'est pas dépassée, qui souligne que l'idée d'égalité qui consisterait à attribuer à chacun une part «égale quant à la mesure, au poids et au nombre¹⁶» est moins éminente que d'attribuer à chacun son dû, formule que le droit est censé appliquer constamment. Et pourtant, si vous relisez *La République*, vous saurez qu'il est très féministe pour son temps¹⁷. Certes, la transformation des rôles sociaux n'est pas un drame et se justifie souvent. Je ne suis pas en train de dire qu'il faut confier la garde des enfants aux mères et pas aux pères. Mais plus fondamentalement, et c'est autrement interpellant, la différence sexuelle est niée. Or, le sexe, c'est la vie, parce qu'il concerne le désir, nous rappelle constamment que nous sommes des êtres incomplets dont l'existence suppose le différent, que ne plus désirer, c'est mourir, et qu'on ne peut désirer que ce qu'on n'est pas ou que ce que l'on n'a pas. La rencontre des sexes est force de vie parce que ceux qui se rencontrent se savent voués à la mort. «Sexe» vient de «*secatus*», séparé. Le sexe refuse la fusion et l'indifférenciation, il appelle la complémentarité et la relation. Il n'est pas étonnant que, dans d'autres domaines comme la publicité, le cinéma ou la bande dessinée, la différence entre les sexes soit hypertrophiée¹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme, plus platonicienne et aristotélicienne que l'on croit, répète à l'envi que l'égalité et la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'égalité s'oppose par ailleurs à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes.

L'unité dans la diversité: le modèle libéral

Je ne prétends évidemment pas avoir épuisé les traits communs aux familles prétendument si différentes les unes des autres. J'aurais pu évoquer aussi la mobilité dans l'espace ou l'internationalisation des familles, mais ceux que j'ai relevés suffisent à ramener les mutations décrites à l'unité suivante: les droits de la famille proposent surtout une image de la famille adaptée aux conceptions sociales dominantes, où l'économie occupe une place prépondérante.

Les familles se caractérisent par l'individualisme et la volonté de changement, qui impliquent la libre concurrence des personnes puisqu'il est toujours possible de

¹⁶ Les lois, 757b. Voy. aussi Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1131a, 20 et ss.: la justice est une égalité proportionnelle et non arithmétique.

¹⁷ Voy. 454e et ss.

¹⁸ J'ai en tête un clip destiné à vanter une marque de whisky qui met en scène des joueurs de rugby écossais, torse nu et aboyant leur hakka viril avant de soulever leur kilt par devant pour impressionner l'adversaire, ou une publicité pour un parfum féminin que certaines adorent, dans laquelle une actrice célèbre s'approche de la caméra en se débarrassant de ses vêtements, en croisant les pieds et en écrivant 8.888 avec son derrière. On en sourit jusqu'à ce que l'on songe aussi au scandale des concours de « minimiss » qui tendent à proliférer et qui sont un aspect de la négation de la différence entre une femme et une petite fille.

changer de partenaire, la libre concurrence des modèles juridiques puisque l'un d'entre eux, le mariage, n'est plus valorisé par la loi. Le but affirmé à travers «l'épanouissement personnel» n'est rien d'autre que la désignation du bénéfice privé comme but de la relation, de la contractualisation des relations sociales. La volonté de la diversité, de la mobilité familiale entraîne évidemment la subsidiarité de l'intervention publique qui doit «laisser faire, laisser passer», autant que possible.

Ce qui unit les familles prétendument nouvelles, et par voie de conséquence les nouvelles parentalités, c'est qu'elles correspondent, trop évidemment pour que ce soit un hasard, aux présupposés du libéralisme, non pas au sens étriqué d'une tendance politique ou d'un programme dont se revendiquerait l'un ou l'autre parti politique, mais au libéralisme en tant qu'interprétation de l'humain et de la société, en tant que vision du monde¹⁹.

Je ne critique pas le libéralisme en tant que tel. Il a bien des défauts, mais il a aussi des qualités, dont la valorisation progressive de la personne humaine. Il a permis l'apparition des droits de l'homme et donc des droits de l'enfant. Mais ce que je lui reproche est de favoriser les doués, les battants, les gagnants, les intelligents, les riches, les puissants. Le libéralisme, les familles prétendument nouvelles, le droit de la famille n'aiment pas les faibles. Ils supposent que vous êtes fort et attribue ses récompenses en proportion de votre puissance. C'est pour cela qu'il ne s'entend pas très bien avec les immigrés, avec les pauvres ou avec les enfants.

Les immigrés

La représentation des familles, dans nos régions, néglige celles qui se sont constituées sous d'autres latitudes, ce qui provoque d'ailleurs bien des malentendus lorsque les modèles entrent en confrontation, par exemple lorsqu'un conjoint – souvent la femme – entend redéfinir son rôle et sa place, ou quand les enfants «issus de l'immigration» adoptent d'autres modes de vie que ceux de leurs parents. Les tribunaux doivent parfois intervenir parce que la tension entre les modèles culturels tourne à l'incompréhension. Les décideurs du Nord de la planète, législateurs ou juges, sont alors souvent persuadés que leurs conceptions de la famille sont plus «évoluées» que celles des justiciables venus d'ailleurs. Ces derniers sont donc priés de s'«intégrer», dans ce domaine comme dans d'autres, opération qui consiste souvent à renoncer ou à faire semblant de renoncer à extérioriser leurs différences.

Ce n'est pas le moindre des paradoxes: on répète constamment qu'il convient d'accepter tous les modèles familiaux, mais cela ne vaut, semble-t-il, qu'entre nationaux et assimilés, ou entre gens de la même couleur, ou entre celles et ceux qui ont la même opinion au sujet du port du tchador. Les conceptions du terroir, c'est-à-

¹⁹ Pour cerner les traits du libéralisme en tant que doctrine philosophique et économique, je me suis inspiré assez librement de Vergara, F. (1992). *Introduction aux fondements philosophiques du libéralisme*. Paris, France: La Découverte et de Sandel, M. (1999). *Le libéralisme et les limites de la justice*. Paris, France: Seuil.

dire européennes ou nord-américaines, ont constamment tenu pour «barbares» les schémas familiaux venus de plus loin. Mais il est sans doute trop tôt pour demander aux juristes et surtout aux politiciens de ne plus penser exclusivement l'immigration en termes d'«assimilation», de «naturalisation», qui sont pourtant la négation même de cette pluralité tant vantée. Il y a un paradoxe irréductible à prétendre admettre tous les types de familles et à interdire la construction de minarets.

Les familles pauvres

Le droit de la famille contemporain est un droit pour les forts. La garde alternée suppose par exemple que les deux parents aient un logement assez spacieux pour accueillir les enfants, mais le problème est plus fondamental. De nombreux adultes n'ont pas, en fait, étant données les conditions économiques, sociales et culturelles qu'ils rencontrent, la possibilité de se marier ou pas avec qui ils veulent, de choisir le nombre d'enfants, d'organiser leur séparation temporaire ou définitive, d'héberger leurs enfants comme ils le voudraient, de recourir à la médiation, ... Tant et de tant de personnes, de femmes surtout, sont seules, ou seules avec des enfants, et ne l'ont pas choisi. On sait aussi, depuis des années déjà, que le divorce par consentement mutuel se fait plus rare lorsque l'on descend l'échelle sociale. Chacun est libre de choisir sa vie familiale, mais les lois relatives aux revenus garantis, quand elles existent, n'encouragent pas la formation ou la cohésion des familles, loin s'en faut²⁰.

La vie familiale sous toutes ses formes est consacrée comme droit fondamental évident, mais les conditions de regroupement familial pour les étrangers deviennent de plus en plus restrictives et font passer les conditions économiques bien avant la reconnaissance des liens, même juridiques, au sein des couples ou avec les enfants.

Le problème majeur est que tout contrat, pour sa validité, suppose l'égalité. Une égalité non seulement théorique, non pas de droit uniquement, non pas supposée²¹, mais de fait. Si celle-ci n'est pas avérée, le plus faible qui est souvent la plus faible (économiquement, psychologiquement), ou qui est un enfant, devient une victime.

Les droits de la famille sont faits pour ceux qui ont suffisamment de moyens matériels, culturels, politiques, par ceux qui ont suffisamment de moyens.

²⁰ Voy. à ce sujet, J. Fierens, J. (2007). Familles et aide sociale. Dans M.-Th. CASMAN et al. (dir.), *Familles plurielles. Politique familiale sur mesure*?(p.196-202). Bruxelles, Belgique: Luc Pire.

²¹ Il est remarquable que les philosophes contractualistes supposent tous une égalité de fait nécessaire à la validation du contrat social qu'ils imaginent. Voy. Chez Thomas Hobbes: « Tout bien considéré, la différence d'un homme à un autre n'est pas si considérable qu'un homme puisse de ce chef réclamer pour lui-même un avantage auquel un autre ne puisse prétendre aussi bien que lui. (Hobbes, T. (1971). *Léviathan*, XXX, p.121. Paris, France: Sirey). Chez John Locke: « Cet état est aussi un état d'égalité; en sorte que tout pouvoir et toute juridiction est réciproque, un homme n'en ayant pas plus qu'un autre. » (Locke, J. (1999). *Traité du gouvernement civil*, ch. 2, § 4, p. 143. Paris, France: Flammarion, coll. GF, 408.) Chez Rousseau, voy. la description de l'Etat de nature dans Rousseau, J.J. (1964). *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, 1^{re} partie. Dans Rousseau, J.J., *Œuvres complètes, t. III, Du contrat social, Écrits politiques* (p. 159-160), Paris, France: Gallimard, Bibl. de la Pléiade.

Les enfants

Le droit existe plus que jamais au sens subjectif: «mon droit». C'est le droit comme pouvoir individuel, exercé sur l'autre. Le pouvoir sur autrui est le premier-né de l'individualisme. Il est, depuis le XVII^e siècle environ²², mais plus que jamais ces cinquante dernières années, l'expression du pouvoir des individus dans l'affirmation de leur puissance ou dans la négociation du lien social.

Le droit subjectif se croit fort en niant sa faiblesse. Il prétend s'affranchir de la dépendance à l'égard d'un ou d'une partenaire. Il refuse de reconnaître qu'un conjoint dépend de l'autre, que si les enfants dépendent à l'évidence des adultes, les adultes dépendent aussi des enfants, à tout âge des uns ou des autres, pour accéder à ce fameux bonheur, ce foutu «épanouissement personnel». La toute-puissance de l'individu prométhéen se heurte à l'altérité fondamentale de ses proches, de l'autre qui est aussi sujet de droit, qui a un visage que l'on ne voit pas si l'on se regarde soi-même.

Le sujet de droit, le titulaire du droit subjectif, vit dans l'illusion que toute faiblesse et toute dépendance est un mal, qu'il doit être en permanence fort, autonome au sens idiot de se donner sa propre loi, d'être seul maître de sa vie, de sa mort et du monde, et il se trompe. L'enfant, si dépendant, si peu autonome, le sait. Il sait que sa fragilité même est une force, mais il regrette déjà le monde des adultes où tout est puissance sur autrui. Reconnaître que nous sommes des êtres incomplets, que nous avons besoin de nos partenaires et de nos enfants pour devenir ce que nous sommes, voilà ce qu'il nous demande.

La filiation signifie fondamentalement que, justement, nous ne créons pas le monde dans lequel nous venons, qu'il était déjà là avant nous comme le langage et le droit, qu'il y a toujours déjà des autres dont nous dépendons, que nous ne nous posons pas nous-mêmes dans l'existence comme le prétend l'individu nietzschéen.

C'est pour cette raison que l'enfant essaiera toujours d'échapper au pouvoir, aux luttes de pouvoir, ce qui veut souvent dire aux disputes de ses parents. S'il succombe lui-même aux tentations du pouvoir, il est insupportable. Il cherche un lien de parenté qui n'est pas puissance paternelle ou autorité parentale, et il a raison. Dans toutes les affaires familiales, c'est la stratégie fondamentale de l'enfant: comment échapper au rapport de force? C'est pour cela qu'il se concerte avec ses frères et sœurs avant d'être entendu, qu'il fait semblant de ne pas entendre certaines questions des travailleurs sociaux ou des juges quand ceux-ci croient naïvement lui permettre

²² Grotius a parfaitement exprimé la notion de droit subjectif qui s'impose à son époque, mentionnant précisément la puissance paternelle: « Les jurisconsultes désignent la faculté par l'expression de sien; pour nous, nous l'appellerons désormais droit proprement ou strictement dit, qui embrasse la puissance publique tant sur soi-même – qu'on appelle liberté – que sur les autres, telles que la puissance paternelle, la puissance dominicale. » (Grotius, H. (1999). *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre I, p. 35-36. Paris, France: PUF, coll. Quadrige/Léviathan.)

d'échapper à un conflit de loyauté. L'enfant essaie d'échapper à la logique de la dette et de la créance.

Il cherche à échapper au droit, parce que le droit est pouvoir. L'horizon des droits de l'enfant, qui tendent à renforcer celui-ci dans les rapports de pouvoir, est d'échapper aux droits de l'enfant pour gagner la possibilité d'être un enfant. La finalité des droits de l'enfant est que le mot «enfant» pèse plus que le mot «droits».

Certains penseurs ont cherché ce rapport à l'autre, dépourvu de tout pouvoir. Emmanuel Lévinas le devine à travers sa célèbre méditation sur le visage. Il écrit: «L'expression que le visage introduit dans le monde ne défie pas la faiblesse de mes pouvoirs, mais mon pouvoir de pouvoir. (...) Le visage me parle et par là m'invite à une relation sans commune mesure avec un pouvoir qui s'exerce.²³»

Peut-être faut-il chercher du côté du respect. Le Code civil belge énonce dans une disposition similaire à l'article 272 du Code civil suisse que «[l']enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect.²⁴» Cette notion de respect est mise en exergue depuis l'Antiquité. Elle a été approfondie par Emmanuel Kant²⁵, par Vladimir Jankélévitch²⁶, entre autres. Je la trouve particulièrement intéressante pour une méditation sur le lien à l'enfant. Si l'on m'avait demandé mon avis, mais cela n'a pas été le cas, j'aurais plaidé pour que la notion de «respect de l'enfant» soit inscrite à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, plutôt que «l'intérêt de l'enfant» auquel j'ai toujours trouvé une allure un peu bancaire. J'aime l'expression allemande «*Kindeswohl*», le bien de l'enfant, qui me fait penser à Platon pour qui l'idée du Bien est la plus haute des Idées, qu'il faut apprendre à contempler²⁷. La référence au respect indique qu'elle tend à sortir du droit parce que, si elle figure dans les textes légaux, l'obligation de se respecter au sein de la famille ne comporte pas de sanction.

On peut aller encore plus loin en cherchant si le lien de parenté, le lien de filiation ne se trouveraient pas dans le contraire du pouvoir, dans l'impuissance du père et de la mère face au visage de son enfant. La parenté renvoie bien sûr à la sollicitude, à la tendresse que les parents éprouvent et qu'ils manifestent à l'égard de leurs enfants. Elle rappelle le père nourricier qui pourvoit au pain de chaque jour, et la mère qui abreuve ses petits, *alma mater*. Elle évoque aussi la force du chef de famille et la protection qu'il doit aux siens, la rondeur apaisante des seins et des bras de maman. Elle renvoie à l'autorité de celui qui éduque, punit et récompense le cas échéant, à la

²³ Levinas, E. (1991). *Totalité et infini, Essai sur l'extériorité*. Paris, France: Le Livre de Poche. L'ensemble du passage vaut d'être cité: « Le visage se refuse à la possession, à mes pouvoirs. Dans son épiphanie, dans l'expression, le sensible, encore saisissable se mue en résistance totale à la prise. Cette mutation ne se peut que par l'ouverture d'une dimension nouvelle. En effet, la résistance à la prise ne se produit pas comme une résistance insurmontable comme dureté du rocher contre lequel l'effort de la main se brise, comme l'éloignement d'une étoile dans l'immensité de l'espace. L'expression que le visage introduit dans le monde ne défie pas la faiblesse de mes pouvoirs, mais mon pouvoir de pouvoir. Le visage, encore choses parmi les choses, perce la forme qui cependant le délimite. Ce qui veut dire concrètement: le visage me parle et par là m'invite à une relation sans commune mesure avec un pouvoir qui s'exerce, fût-il jouissance ou connaissance. » (p. 215-216).

²⁴ Art. 371.

²⁵ Voy. Kant, E. (1943). *Critique de la raison pratique*, p. 77 et ss. Paris, France: PUF.

²⁶ Jankélévitch, V. (1986). *Traité des vertus, vol. 2, Les vertus et l'amour*, p. 105-119. Paris, France: Bordas.

²⁷ Voy. le célèbre Mythe de la caverne, dans La République, 514a et ss.

médiation de la mère qui nuance et excuse. Elle évoque la responsabilité de décider pour ceux qui sont trop faibles ou encore trop jeunes pour choisir seuls leurs orientations de vie.

Mais la bonté venue d'en haut, la force, l'instance nourricière et économique, l'autorité et la tutelle risquent d'être encore trop proches de la relation légale et juridique. Je propose plutôt de chercher à deviner le plus intime de la relation de parentalité et de familiarité non dans la force du père ou le giron rassurant de la mère, mais dans leur faiblesse, dans leur impuissance face au mal et à la souffrance de leurs enfants, dans ce moment où la joie profonde d'avoir des enfants semble à tout jamais impossible. Je voudrais mobiliser non pas l'image du patriarche sûr de lui, plein d'expérience et de ressources, pourvoyeur de nourriture, bouclier de la famille contre les flèches ennemies, non pas l'image de la mère-lionne prête à tous les carnages pour ses petits, de la femme qui, dit-on, soulève des camions si son enfant a été écrasé par lui, mais celle du papa et de la maman qui n'en peuvent plus des errements quotidiens de leurs enfants, sans pouvoir intervenir. La détresse du chef de famille et de la mère nourricière qui voient que les leurs ont faim de nourriture, de paix ou de justice, mais qui n'ont plus rien à leur donner. Les parents qui assistent à la comparution de leur enfant devant le tribunal des hommes en sachant qu'un juge ne pourra jamais savoir qui est vraiment leur fils ou leur fille. Ou encore la figure du père ou de la mère qui savent leur fils ou leur fille livrés à la méchanceté des hommes, ou encore ces parents qui n'en peuvent plus de voir souffrir sur un lit d'hôpital cet enfant à qui ils ont donné la vie, ou qui n'ont pas de mots quand leur enfant se noie au large de la Turquie, petit d'homme jeté dans ce monde d'adultes, fou de pouvoir et de puissance, victime d'une innocence au-delà du dicible. Ces pères-là et ces mères-là voudraient tant pouvoir faire quelque chose, dire au juge que leur enfant n'est après tout qu'un bébé qui a grandi, détourner vers eux ceux qui lui font du mal, prendre sur eux le fardeau de la maladie imposé à leur rejeton, ou simplement rentrer chez eux et offrir une chambre rose ou bleue à leur enfant. Mais ils ne peuvent strictement rien faire.

Là est peut-être la parentalité, qui n'est pas une nouvelle forme de parentalité. Lorsque toute volonté de puissance a abdiqué, parce que les parents l'ont choisi par respect de l'autre ou parce que la vie et la mort le leur ont imposé, il ne reste que l'essentiel de la relation familiale, quelque chose d'assez simple à dire mais de très difficile à vivre. Peut-être est-ce ce que les gens qui n'ont pas peur des gros mots, qu'ils soient pauvres ou riches, étrangers ou nationaux, adultes ou enfants appellent l'amour.

Or, l'amour échappe radicalement au droit. La preuve en est que là où on s'attendrait peut-être à le voir mentionné par les textes, dans le droit familial ou dans

les droits de l'enfant, il n'y a jamais de droit à l'amour ou de devoir d'aimer²⁸. C'est que l'amour est ce qui se dérobe à la volonté de puissance, au pouvoir des uns sur les autres, à la pression des droits subjectifs des uns sur les droits des autres.

Mais si l'amour échappe si radicalement au droit et même aux droits de l'enfant, il vaut mieux s'arrêter d'en parler.

²⁸ Voy., sur ce thème, Fierens, J. (2007). Les arrêts de la Cour d'arbitrage comme jugement de Zeus, ou pourquoi le droit est sans amour. Dans P. Martens, *Liber amicorum, L'humanisme dans les conflits, utopie ou réalité?* (p. 911-926). Bruxelles, Belgique: Larcier.

Synthèse finale

Séverine CESALLI

Psychiatre, psychothérapeute d'enfants et d'adolescents, Martigny, Suisse

Introduction

Après lecture de ces contributions au présent volume sur le sujet “Les nouvelles formes de parentalité. Le temps du partage... et l'enfant?”, nous sommes mieux à même de répondre à la question suivante: la garde alternée est-elle une bonne solution pour l'enfant? La réponse est celle-ci: cela dépend, car il faut penser la question dans toute sa complexité.

1. Définition de la garde alternée

Selon le Tribunal fédéral suisse¹ et la Commission du Conseil de l'europe sur l'égalité et la non-discrimination², la garde alternée se définit par la prise en charge de l'enfant de parents séparés de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, c'est à dire entre 30-70% (ou 35-65% selon les auteurs) et 50-50% du temps.

2. Historique juridique et comparaisons internationales

En Suisse, ce qui était appelé **garde partagée** est appelé **garde alternée** depuis 2016, date à partir de laquelle l'accord des deux parents n'est plus nécessaire pour son attribution. Le juge se doit d'envisager cette possibilité en toute situation de séparation.

En Belgique, l'**hébergement égalitaire** est favorisé dans la loi depuis 2006, en France, la **résidence alternée** depuis 2002. Au Canada, c'est en 2000 qu'entre en vigueur la nouvelle loi sur le divorce et que la **garde partagée** est favorisée.

3. Évolution sociologique

L'évolution des lois traduit une tendance vers une individualisation des droits et une égalisation des places. Les changements engendrent des résistances, avec des conflits entre tendances conservatrice et progressiste. La dominance dans nos sociétés reste celle d'une tendance à l'emprise de l'homme sur la femme et de la femme sur l'enfant. Il est donc parfois difficile pour la femme de lâcher l'emprise sur l'enfant et le sujet de la garde alternée est assez polémique.

4. Avantages et inconvénients de la garde alternée

¹ Salzgeber/Schreiner 2014, p. 68; Sünderhauf/Widrig 2014, p. 893 (33%); cf. aussi Gloor N. 2015, p. 342, n. 69. Les 30% ont également été mentionné dans le cadre des débats parlementaires, cf. von Graffenried, BO 2015 CN 79.

² Egalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères, Rapporteuse: Mme Françoise HETTO-GAASCH, Luxembourg, Groupe du Parti populaire européen, Doc. 13870.

Aucune étude ne prouve l'existence d'un lien de causalité entre garde alternée et mieux-être de l'enfant. En revanche, on a manifestement à faire à une corrélation. Les chercheurs s'accordent pour dire que la conflictualité entre les parents (rendant la garde alternée plus difficile à mettre en place) et la perte de lien avec un parent ont un effet néfaste sur le développement de l'enfant.

Avantages de la garde alternée:

- la diminution du risque de perte de lien avec un parent (risque surtout chez le tout-petit)
- le maintien d'une relation de qualité avec chaque parent
- le rééquilibrage auprès des parents de la charge que représente l'enfant
- le renforcement de la co-parentalité (si la relation n'est pas trop conflictuelle)

Inconvénients de la garde alternée:

- l'exposition accrue de l'enfant aux conflits, s'il n'en est pas protégé
- s'ils sont très aigus, l'aggravation des conflits entre les parents
- l'effort d'adaptation aux changements demandé à l'enfant (surtout pour le petit)
- le manque de l'autre parent lors de séparations trop longues (surtout pour le petit)
- le besoin d'adaptation de la société et des lois à ces nouvelles situations (places en crèche, travail à temps partiel pour les deux parents, deux domiciles reconnus pour l'enfant, etc.)
- le coût financier de deux domiciles pour un seul enfant

Malgré la complexité de la mise en place de la garde alternée et les efforts d'adaptation que notre société doit encore entreprendre, il ressort de la plupart des contributions à ce Colloque que, en dehors des situations hautement conflictuelles où l'enfant souffrira quel que soit le mode de garde, l'avantage du maintien d'un bon lien avec ses deux parents, lorsque cela est possible, prime sur les inconvénients de la mise en place d'une garde alternée.

5. Prise en charge de ces situations

Dans certaines régions du monde, des solutions innovantes ont été mises en place pour prévenir les conséquences néfastes de la séparation: informations écrites sous forme de brochure envoyée automatiquement aux parents en instance de séparation, cours obligatoires, proposition de "nestmodell" ou de panachage des semaines pour la garde alternée chez les plus petits, structures d'accueil multi-disciplinaires spécialisées dans la famille ou le divorce, groupes d'entre-aide, procédures juridiques accélérées selon le "modèle de Cochem", interdiction aux avocats de laisser dire du mal de l'autre parent et d'alimenter le conflit conjugal de quelque manière que ce soit, etc.

Conclusion

Voici ce qui est important pour l'enfant de parents séparés:

- l'information et le soutien aux parents, la médiation si nécessaire pour leur permettre de retrouver une parentalité centrée sur le bien de l'enfant
- une bonne collaboration interdisciplinaire
- une formation continue des professionnels sur les besoins de l'enfant en fonction de son âge, sur l'écoute de l'enfant, sur l'évaluation de la capacité parentale, etc.
- le recentrage permanent sur le bien de l'enfant, évalué pour le court et long terme
- la souplesse nécessitée par les besoins et la croissance de l'enfant lui-même

Pour la plupart des auteurs des contributions réunies dans ce volume, la garde alternée n'est pas un but en soi, mais dans notre société de plus en plus égalitaire, elle découle en général naturellement du consensus parental et est bénéfique pour l'enfant.